



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 134/08

Verkündet am:
21. April 2010
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1570, 1573 Abs. 2, 1577 Abs. 2, 1578 b; ZPO § 559 Abs. 1 Satz 1

- a) Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus elternbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 2 BGB besteht nur, solange der betreuende Elternteil das Kind auch tatsächlich betreut.
- b) Ob das Einkommen des gemäß § 1570 BGB unterhaltsberechtigten Elternteils, das dieser neben der Kindesbetreuung erzielt, nach § 1577 Abs. 2 BGB bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist, hängt davon ab, in welchem Maße er nach § 1570 BGB von der Erwerbsobliegenheit befreit ist. Der pauschale Abzug eines Betreuungsbonus von seinem Einkommen kommt dagegen nicht in Betracht (im Anschluss an Senatsurteil vom 15. Dezember 2004 - XII ZR 121/03 - FamRZ 2005, 442, 444 zu § 1615 I BGB).

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dose, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 18. Familiensenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 5. August 2008 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.
- 2 Sie schlossen im Jahre 1990 die Ehe, aus der drei Söhne hervorgegangen sind, geboren im Februar 1992, im Dezember 1993 und im August 1997. Die Kinder leben bei der Antragstellerin. Die Parteien trennten sich im Jahr 2004. Die Ehe ist seit dem 12. Februar 2008 rechtskräftig geschieden.
- 3 Die Parteien sind Ärzte. Beide hatten bereits bei Eheschließung ihr Medizinstudium beendet und im Zeitpunkt der Geburt ihres ersten Sohnes jeweils ihr "AiP" (Arzt im Praktikum) absolviert. Nach der Geburt des ersten Kindes

pausierte die Antragstellerin sechs Monate, um anschließend halbtags ihre Tätigkeit als Ärztin wieder aufzunehmen. Auch nach der Geburt des zweiten Sohnes setzte die Antragstellerin sechs Monate aus und arbeitete danach mit einer Drittelstelle weiter. Nach der Geburt des dritten Sohnes arbeitete sie zunächst vertretungsweise und ab 2001 mit einer Drittelstelle. Seit Oktober 2006 ist die Antragstellerin halbtags tätig. Derzeit befindet sie sich in ihrer Facharztausbildung, während der Antragsgegner als Leitender Arzt tätig ist.

4 Das Familiengericht hat den Antragsgegner verurteilt, an die Antragstellerin ab Rechtskraft der Scheidung nachehelichen Unterhalt in Höhe von 1.183 € Elementarunterhalt zzgl. 349 € Altersvorsorgeunterhalt monatlich zu zahlen. Auf die hiergegen eingelegte Berufung des Antragsgegners hat das Berufungsgericht bei einem von ihm zugrunde gelegten Jahresbruttoeinkommen des Antragsgegners von 77.943,80 € die Unterhaltsrente auf 289,25 € Elementarunterhalt und 73,78 € Altersvorsorgeunterhalt reduziert und die Berufung im Übrigen sowie die Anschlussberufung zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Revisionen der Antragstellerin und des Antragsgegners, mit denen sie ihre Berufungsanträge weiterverfolgen und die sie vor allem auf den Umfang der Erwerbsobliegenheit der Antragstellerin im Rahmen des § 1570 BGB stützen.

5 Nach Verkündung seines Urteils hat das Berufungsgericht mit einstweiliger Anordnung vom 15. April 2009 dem Antragsgegner aufgegeben, ab Januar 2009 an die Antragstellerin monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 1.033 € Elementarunterhalt und 310 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Dies hat das Berufungsgericht damit begründet, inzwischen stehe das von den Parteien im Jahr 2008 tatsächlich erzielte Einkommen fest. Nach den von ihm vorgelegten Unterlagen habe der Antragsgegner im Jahr 2008 einen Bruttoarbeitslohn von 167.544,12 € erhalten. Damit sei sein Einkommen wesentlich höher, als vom Berufungsgericht aufgrund des Einkommens des Antragsgegners im

Jahr 2007 und der von diesem zu seiner künftigen Einkommensentwicklung abgegebenen Erklärung angenommen worden sei. Die Antragstellerin meint, diese Entscheidung sei im Revisionsverfahren zu berücksichtigen.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Belang - wie folgt begründet:

8 Die Antragstellerin habe gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 bzw. Abs. 2 BGB. Zu den kindbezogenen Gründen habe die Antragstellerin ausführlich dargelegt, in welchem Umfang die Kinder nachmittags Schulunterricht bzw. Sporttraining hätten. Zu den konkreten Betreuungsmöglichkeiten habe die Antragstellerin ausgeführt, dass sie regelmäßig ein Zimmer an eine Studentin vermiete, die dafür im zeitlichen Rahmen von fünf Stunden wöchentlich Fahrdienste für die Kinder übernehme und im Haushalt helfe. Selbst bei Berücksichtigung dieser Betreuungsmöglichkeit könne eine Obliegenheit für die Ganztags Tätigkeit derzeit noch nicht angenommen werden. Schon allein wegen des Mittagessens und der Hausaufgabenbetreuung werde eine Obliegenheit zur Ganztags Tätigkeit, soweit keine Ganztagschule oder geeignete Horteinrichtung vorhanden sei, wie bisher erst in Betracht kommen, wenn das jüngste Kind zumindest die siebte oder achte

Klasse erreicht habe. Außerdem sei zu sehen, dass das derzeitige Schulsystem in Baden-Württemberg mit dem G 8-Zug die Förderung des Kindes im wesentlichen Umfang den Eltern überlasse.

9 Weiter seien elternbezogene Gründe zu berücksichtigen. Denn vor der Trennung seien sich die Parteien offenbar einig gewesen, dass die Kinder in erheblichem Umfang und mit großem zeitlichem Einsatz der Eltern sportlich gefördert würden. Tatsächlich sei dies auch jahrelang so praktiziert worden, wobei die Antragstellerin mit ihrer reduzierten Erwerbstätigkeit die Hauptlast getragen habe. Das gewachsene Vertrauen der Antragstellerin in die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung bei der Ausgestaltung der Kinderbetreuung sei zu schützen.

10 Angesichts des Alters und der Zahl der Kinder, der von der Antragstellerin dargelegten bestehenden Betreuungsmöglichkeiten und der bisherigen Rollenverteilung und einvernehmlichen Gestaltung der Kindesbetreuung erscheine es angemessen, dass die Antragstellerin lediglich mit 75 % ihrer Arbeitskraft erwerbstätig sei und sich im Übrigen weiterhin der sportlichen und sonstigen Förderung der Kinder widme.

11 Soweit der Betreuungsunterhalt nicht ausreiche, um den Bedarf der Antragstellerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu decken, habe sie außerdem einen ergänzenden Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB.

12 Eine Herabsetzung und/oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts wegen Unbilligkeit nach § 1578 b BGB komme jedenfalls derzeit nicht in Betracht. Eine zeitliche Befristung scheidet wegen der Betreuungsbedürftigkeit der Kinder aus. Im Übrigen bestehe auf Seiten der Antragstellerin ein fortwirkender ehebedingter Nachteil. Schon ein Vergleich mit der Karriere des Antragsgegners ergebe,

dass die Antragstellerin im beruflichen Bereich gravierende ehebedingte Nachteile habe. Der Vorhalt des Antragsgegners, das Karrieregefälle beruhe auf der Bequemlichkeit und persönlichen Unstrukturiertheit der Antragstellerin, sei nicht ausreichend substantiiert.

II.

13 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revisionen nicht in allen Punkten stand.

14 1. Allerdings sieht sich der Senat daran gehindert, seiner Entscheidung die neuen Tatsachen, namentlich die geänderten Einkommensverhältnisse, zugrunde zu legen, die sich ausweislich der einstweiligen Anordnung des Berufungsgerichts vom 15. April 2009 nach Abschluss des Berufungsverfahrens ergeben haben.

15 a) Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil und dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO einschränkend dahin auszu-legen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist. Der Gedanke der Konzentration der Revisionsinstanz auf die rechtliche Bewertung eines festgestellten Sachverhalts verliert nämlich an Gewicht, wenn die Berücksichtigung von neuen tatsächlichen Umständen keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht und die Belange des Prozessgegners ge-

wahrt bleiben (vgl. Senatsurteil vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Tz. 26 f. m.w.N.).

16 b) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dabei kann dahinstehen, ob die vom Berufungsgericht in dem Beschluss vom 15. April 2009 zum Einkommen des Antragsgegners getroffenen Feststellungen unstreitig sind. Denn es fehlt jedenfalls an belastbaren Feststellungen zum Einkommen der Antragstellerin, das sich ausweislich des Beschlusses aufgrund einer neu hinzugekommenen Funktionszulage ebenfalls erhöht habe. Der in dem Beschluss enthaltenen Einkommensberechnung für die Antragstellerin lässt sich eine solche Funktionszulage nicht entnehmen. Vielmehr kommt der Beschluss ebenso wie das Urteil auf Seiten der Antragstellerin zu einem bereinigten Gesamtnettoeinkommen von rund 1.793 €. Hinzu kommt, dass sich der Antragsgegner nunmehr im einstweiligen Anordnungsverfahren auf einen Karrieresprung beruft und er die Auffassung vertritt, die Antragstellerin habe ihren Unterhaltsanspruch verwirkt, weil sie ihn wegen seiner Angaben zum Einkommen wegen Prozessbetruges angezeigt habe. Auf beide Einwände ist das Berufungsgericht im Rahmen des von ihm geführten einstweiligen Anordnungsverfahrens nicht abschließend eingegangen. Am Ende darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die neue Einkommenssituation auch im Rahmen der Billigkeitsprüfung gemäß § 1578 b BGB von Bedeutung sein kann (vgl. Senatsurteil vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Tz. 29).

17 Um die nunmehr aufgeworfenen Fragen einer abschließenden Beurteilung zuführen zu können, bedarf es mithin noch umfassender Feststellungen, die dem Tatrichter vorbehalten bleiben müssen.

18 2. Der Anspruch der Antragstellerin auf Betreuungsunterhalt richtet sich nach § 1570 BGB in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung. Danach kann

ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB). Die Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 18 f. und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391, Tz. 16 f. m.w.N.).

19 § 1570 BGB verlangt regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen Gründe (§ 1570 Abs. 2 BGB) ist nach dem neuen Unterhaltsrecht vielmehr ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit möglich (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 22 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 19 m.w.N.), wobei der Gesetzgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzung einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus dem unterhaltsberechtigten Elternteil auferlegt hat (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 23 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 20 m.w.N.).

20 a) Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung unter anderem auf das Vorliegen kindbezogener Gründe im Sinne des § 1570 Abs. 1 Satz 3 gestützt.

- 21 aa) Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen. Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nahehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben (Senatsurteil BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 25 m.w.N.). Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme einer kindgerechten Betreuungsmöglichkeit findet erst dort ihre Grenze, wo die Betreuung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar ist, was jedenfalls bei öffentlichen Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten oder Kinderhorten regelmäßig nicht der Fall ist (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009 770 - Tz. 26 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 22 m.w.N.).
- 22 In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine kindgerechte Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezogene Verlängerungsgründe im Sinne von § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB berufen. Das gilt sowohl für den rein zeitlichen Aspekt der Betreuung als auch für den sachlichen Umfang der Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung. Umfasst etwa die Betreuung von Schulkindern in einem Hort auch die Hausaufgabenbetreuung, bleibt auch insoweit für eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil kein unterhaltsrechtlich zu berücksichtigender Bedarf (Senatsurteil vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 23).
- 23 Ein Billigkeitsanspruch auf Betreuungsunterhalt aus kindbezogenen Gründen scheidet freilich auch dann aus, wenn das Kind ein Entwicklungsstadi-

um erreicht hat, in dem es in dem - für den Betreuungsunterhalt regelmäßig bedeutsam werdenden - Zeitraum zwischen Schulschluss und Beendigung der Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils sich selbst überlassen werden kann und deswegen auch keiner durchgehenden persönlichen Betreuung durch einen Elternteil mehr bedarf (vgl. Senatsurteil BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 27).

24 Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über die Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist mithin zunächst zu prüfen, ob und welche persönliche Betreuungsleistungen im Ergebnis für das Kind überhaupt noch erforderlich sind und - soweit dies der Fall ist - ob und in welchem Umfang die begabungs- und entwicklungsgerechte Betreuung des Kindes auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, auch das konkrete Betreuungsangebot der kindgerechten Einrichtung (vgl. Senatsurteil vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 24).

25 Soweit demgegenüber in Rechtsprechung und Literatur zu der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung des § 1570 BGB abweichende Auffassungen vertreten werden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpfen und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig machen, sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 28 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 25 m.w.N.). Die Betreuungsbedürftigkeit ist vielmehr nach den individuellen Verhältnissen des Kindes zu ermitteln.

26 bb) Gemessen hieran hält die Entscheidung des Berufungsgerichts, das die einschlägige Senatsrechtsprechung bei Verkündung seiner Entscheidung

freilich noch nicht kennen konnte, einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Denn es fehlt an den hierzu erforderlichen bzw. verfahrensrechtlich belastbaren Feststellungen.

27 (1) Das Berufungsgericht ist zunächst im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass es für den Anspruch nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB maßgeblich auf die konkrete Betreuungsbedürftigkeit und die bestehenden Betreuungsmöglichkeiten ankommt. Die Revision des Antragsgegners rügt allerdings zu Recht, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu im Ergebnis lediglich auf allgemeinen Erwägungen beruhen. Es hat zu dem Betreuungsbedarf der Kinder in seinem Urteil keine konkreten Feststellungen getroffen. Vielmehr hat das Berufungsgericht sich darauf beschränkt, auf die - vom Antragsgegner teilweise bestrittenen - Darlegungen der Antragsstellerin zum Umfang des nachmittäglichen Schulunterrichts und Sporttrainings der Kinder zu verweisen. Das Berufungsurteil enthält im Übrigen keine Feststellungen dazu, ob und in welchem Umfang die Kinder überhaupt noch einer persönlichen Betreuung bedürfen bzw. die Betreuung der Kinder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte, etwa weil im näheren Einzugsbereich eine kindgerechte Einrichtung existiert, die die Betreuung der Kinder nach ihrem Schulbesuch einschließlich der Hausaufgabenhilfe ganztags übernehmen könnte. Das Berufungsgericht hat demgegenüber pauschal ausgeführt, es könne eine Obliegenheit zur Ganztagstätigkeit derzeit noch nicht angenommen werden. Schon allein wegen des Mittagessens und der Hausaufgabenbetreuung werde eine solche Obliegenheit, soweit keine Ganztagsschule oder geeignete Horteinrichtung vorhanden sei, wie bisher in Betracht kommen, wenn das jüngste Kind zumindest die siebte oder achte Klasse erreicht habe. Allein der allgemeine Verweis auf das Mittagessen, die Hausaufgabenbetreuung und das Alter der Kinder vermag entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Betreuungsbedürftigkeit im Sinne von § 1570 BGB nicht zu begründen. Denn

ein Anknüpfen an das frühere Altersphasenmodell kommt - wie oben bereits ausgeführt - nicht, auch nicht in abgeschwächter Form, in Betracht (vgl. Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 28 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 25 m.w.N.). Ebenso wenig vermag der generelle Hinweis auf das Schulsystem in Baden-Württemberg (G8) konkrete Feststellungen zum Betreuungsbedarf zu ersetzen.

28 Zutreffend hat der Antragsgegner mit seiner Revision zudem eingewandt, dass er im Berufungsverfahren den Umfang der Betreuung bestritten habe. So hat er dargelegt, dass das Tennistraining der Kinder allein im Winter und dann auch nur einmal wöchentlich stattfindet. Zudem hat er bestritten, dass die Antragstellerin die Söhne zum Tennistraining fahre und größtenteils wieder abhole. Ferner hat er für den - seinerzeit - 10-jährigen Sohn dargetan, sein Nachmittagsunterricht beinhalte erweiterte Betreuungsmöglichkeiten durch die Schule. Auf den Vortrag des Antragsgegners ist das Berufungsgericht in seiner Entscheidung indes nicht eingegangen. Zu Recht hat die Revision des Antragsgegners schließlich darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin ihren - damit streitigen - Vortrag nicht unter Beweis gestellt habe.

29 (2) Andererseits ist das Berufungsgericht zu Lasten der Antragstellerin davon ausgegangen, dass sie im Umfang von fünf Stunden in der Woche durch eine bei ihr wohnende Studentin bei der Betreuung der Kinder entlastet werde. Hierzu hat die Revision der Antragstellerin zutreffend eingewandt, dass ihr unstreitig seit Oktober 2007 eine Studentin für die Betreuung der Kinder nicht mehr zur Verfügung gestanden habe.

30 b) Daneben hat das Berufungsgericht der Antragstellerin aus dem Gesichtspunkt elternbezogener Gründe Betreuungsunterhalt zugesprochen.

- 31 aa) Elternbezogene Gründe sind zu prüfen, soweit nicht schon kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen. Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist Ausdruck der nahehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Betreuung (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Die Umstände gewinnen durch das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung gemeinsamer Kinder gemäß § 1570 Abs. 2 BGB an Bedeutung (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 31 f. und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 31 f.).
- 32 Ein Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB kommt namentlich in Betracht, wenn die Kinder an sich - aus kindbezogenen Gründen - einer persönlichen Betreuung nicht bedürfen, sich der betreuende Elternteil aber entsprechend der vereinbarten und praktizierten Rollenverteilung in der Ehe darauf eingerichtet hat, die Kinder weiterhin persönlich zu betreuen, etwa weil er seine Erwerbstätigkeit dauerhaft aufgegeben oder zurückgestellt hat (vgl. BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Der Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB besteht allerdings nur, solange der betreuende Elternteil das Kind entsprechend der ursprünglich gemeinsamen Abrede auch tatsächlich betreut. Ist das nicht der Fall, beruht die Unterhaltsbedürftigkeit vielmehr allein darauf, dass er infolge der Zurückstellung seiner Berufstätigkeit während der Kindesbetreuung eine angemessene Erwerbstätigkeit nicht zu finden vermag, so ergibt sich der Unterhaltsanspruch insoweit aus § 1573 Abs. 1 BGB.
- 33 Ein Anspruch auf Billigkeitsunterhalt unter dem Gesichtspunkt der elternbezogenen Gründe kann sich schließlich auch dann ergeben, wenn und soweit die Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten unter Berücksichtigung des

konkreten Betreuungsbedarfs trotz der ganztägigen anderweitigen Betreuung des Kindes noch eingeschränkt ist ("überobligationsmäßige Belastung", vgl. Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 32 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 32 m.w.N.).

34 bb) Die zu den elternbezogenen Gründen erfolgten Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision des Antragsgegners gleichfalls nicht stand. Auch sie sind zu allgemein, als dass sie einen Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB begründen könnten.

35 (1) Zwar lässt sich den Gründen des Berufungsurteils entnehmen, dass die Parteien vor der Trennung offenbar einig gewesen seien, dass die Kinder in erheblichem Umfang und mit großem zeitlichen Einsatz der Eltern sportlich gefördert werden sollten und dass dies tatsächlich auch jahrelang so praktiziert worden sei, wobei die Antragstellerin mit ihrer reduzierten Erwerbstätigkeit die Hauptlast getragen habe. Inwiefern daraus aber ein über die Scheidung hinausreichendes schutzwürdiges Vertrauen auf Beibehaltung dieser ursprünglichen Rollenverteilung erwachsen ist, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Zudem ist - wie oben im Rahmen der kindbezogenen Gründe bereits erörtert - nicht festgestellt, in welchem Umfang die Antragstellerin die Kinder namentlich hinsichtlich ihrer sportlichen Aktivitäten entsprechend der ursprünglichen Einigung der Eltern tatsächlich überhaupt noch betreut.

36 (2) Dem Einwand der Antragstellerin, wonach Kindesbetreuung und Erwerbstätigkeit zusammen nicht über einen Acht-Stunden-Tag hinausgehen dürfen, wenn es um die Bemessung der Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils gehe, kann nicht gefolgt werden. Ein solcher Automatismus ist dem Gesetz, das stets eine Überprüfung der individuellen Verhältnisse fordert, fremd. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Elternteil mit der Summierung von

Erwerbstätigkeit und Betreuung im Einzelfall unzumutbar belastet ist. Im Übrigen verkennt die Antragstellerin, dass zwischen der Obliegenheit, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, und der Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind zu differenzieren ist. Anders als der Barunterhaltsverpflichtete, der einen Teil seines Erwerbseinkommens für den Kindesunterhalt zu verwenden hat, ist der Elternteil, in dessen Obhut das Kind lebt, verpflichtet, dem Kind Naturalunterhalt zu leisten (vgl. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Davon unberührt bleibt die Obliegenheit, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, solange keine kind- oder elternbezogenen Gründe im Sinne des § 1570 BGB diese Erwerbsobliegenheit einschränken (vgl. Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 32 und zuletzt vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Tz. 32 m.w.N.).

37 Deshalb verbietet es sich entgegen der Auffassung der Antragsstellerin auch, vom Einkommen des Unterhaltsberechtigten einen pauschalen Betreuungsbonus abzuziehen (vgl. Senatsurteil vom 15. Dezember 2004 - XII ZR 121/03 - FamRZ 2005, 442, 444 zu § 1615 I BGB). Die Frage, ob ein eigenes Einkommen des unterhaltsbedürftigen Elternteils, das dieser neben der Kindesbetreuung erzielt, bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist, richtet sich allein nach § 1577 Abs. 2 BGB. Danach ist stets auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abzustellen (Senatsurteil vom 15. Dezember 2004 - XII ZR 121/03 - FamRZ 2005, 442, 444 zu § 1615 I BGB), die im Falle des Betreuungsunterhalts wiederum dadurch geprägt sind, in welchem Maße der Unterhaltsberechtigte wegen der Kindesbetreuung nach § 1570 BGB von seiner Erwerbsobliegenheit befreit ist.

38 c) Auch wenn die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis gerechtfertigt sein mag, lässt sich nach dem derzeitigen Verfahrensstand nicht ausschließen, dass das Berufungsgericht bei zutreffender Würdigung der Voraussetzungen des § 1570 BGB und bei Ausschöpfung der prozes-

sual gebotenen Sachverhaltsermittlung zu dem Schluss gekommen wäre, dass kind- bzw. elternbezogene Gründe einer vollen Erwerbstätigkeit der Antragstellerin nicht entgegen stehen. Genauso erscheint es möglich, dass das Berufungsgericht auf Seiten der Antragsstellerin von einer geringeren Erwerbsobliegenheit als 75 % ausgegangen wäre, wenn es den Wegfall der zusätzlichen Hilfe durch die Studentin berücksichtigt hätte. Von daher kann die Entscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus Billigkeitsgesichtspunkten keinen Bestand haben.

39 3. Schließlich ist der Ansatz des Berufungsgerichts, die Antragstellerin habe einen ergänzenden Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB, soweit der Betreuungsunterhalt nicht ausreiche, um den Bedarf der Antragstellerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu decken, zwar richtig. Jedoch lässt das Berufungsurteil auch insoweit entsprechende Feststellungen vermissen.

40 a) Grundsätzlich kann der Unterhaltsberechtigte neben dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt auch einen solchen auf Aufstockungsunterhalt haben.

41 Der Senat unterscheidet in ständiger Rechtsprechung für die Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen wegen eines Erwerbshindernisses aus §§ 1570 bis 1572 BGB und aus § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) danach, ob wegen des vorliegenden Hindernisses eine Erwerbstätigkeit vollständig oder nur zum Teil ausgeschlossen ist (Senatsurteil BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 - Tz. 20 m.w.N.). Wenn der Unterhaltsberechtigte an einer Erwerbstätigkeit vollständig gehindert ist, ergibt sich der Unterhaltsanspruch allein aus §§ 1570 bis 1572 BGB, und zwar auch für den Teil des Unterhaltsbedarfs, der nicht durch das Erwerbshindernis verursacht worden ist, sondern auf den den angemessenen Lebensbedarf übersteigenden Bedarf nach den ehelichen Lebens-

verhältnissen (voller Unterhalt) gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB beruht. Bei einer - wie hier - lediglich teilweisen Erwerbshinderung ist der Unterhalt nach der Rechtsprechung des Senats allein wegen des durch die Erwerbshinderung verursachten Einkommensausfalls nach §§ 1570 bis 1572 BGB zu stützen und im Übrigen auf § 1573 Abs. 2 BGB (Senatsurteile BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 - Tz. 20 und vom 14. April 2010 - XII ZR 89/08 - zur Veröffentlichung bestimmt).

42 b) Demgemäß hätte das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, welches Einkommen die Antragstellerin bei einer Ganztätigkeit hätte erzielen können; die Differenz zu dem tatsächlich erzielten bzw. fiktiv erzielbaren Einkommen stellt den nach § 1570 BGB geschuldeten Betreuungsunterhalt dar. Erst in einem zweiten Schritt kann festgestellt werden, ob bzw. in welcher Höhe daneben ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB besteht; denn die Höhe dieses Unterhalts ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (voller Unterhalt) gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem angemessenen Lebensbedarf (i.d.R. Einkommen aus voller Erwerbstätigkeit).

43 4. Weil es an hinreichenden tatrichterlichen Feststellungen fehlt, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

III.

44 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

- 45 1. Um hinreichende Feststellungen zu den Voraussetzungen für einen Billigkeitsunterhalt nach § 1570 BGB treffen zu können, werden die Parteien im weiteren Verfahren vom Berufungsgericht aufzufordern sein, ergänzend zu den kind- und elternbezogenen Gründen vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass der betreuende Elternteil auch darzulegen und ggf. zu beweisen hat, dass keine kindgerechte Einrichtung für die Betreuung des gemeinsamen Kindes zur Verfügung steht (vgl. Senatsurteile zu § 1615 I BGB vom 13. Januar 2010 - XII ZR 123/08 - FamRZ 2010, 444 Tz. 27 und vom 16. Dezember 2009 - XII ZR 50/08 - FamRZ 2010, 357 Tz. 49).
- 46 Sollte sich im Zuge des weiteren Verfahrens herausstellen, dass die Kinder nach Schulschluss von der Antragstellerin in erheblichem Umfang betreut werden, diese Betreuung aber aus kindbezogenen Gründen nicht erforderlich ist, wird es - wie im Ansatz bereits zu Recht getan - zu erwägen haben, ob und in welchem Umfang der Betreuungsunterhalt aus elternbezogenen Gründen gerechtfertigt wäre.
- 47 2. Ferner wird das Berufungsgericht die zwischenzeitlich eingetretenen tatsächlichen Änderungen zu berücksichtigen haben, namentlich die aktuelle Einkommensentwicklung, die sich jedenfalls hinsichtlich des Einkommens des Antragsgegners von der ursprünglichen Prognose des Berufungsgerichts deutlich abhebt. Mit der Zurückverweisung ist dem Berufungsgericht zudem die Möglichkeit eröffnet, die Änderungen beim Kindesunterhalt in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen, die aufgrund der teilweise geänderten Altersstufen, der Tatsache, dass das älteste Kind mittlerweile volljährig ist, und aufgrund der jeweils zum 1. Januar 2009 und 2010 geänderten Düsseldorfer Tabelle sowie der Änderung beim Kindergeld eingetreten sind.

- 48 3. Zudem wird das Berufungsgericht die Einkommensermittlung auf Seiten der Antragstellerin zu überprüfen haben, soweit es ihr einen Erwerbstätigenbonus auch auf ihren Wohnvorteil angerechnet hat. Eine solche Anrechnung ist grundsätzlich nicht zulässig (vgl. Senatsurteil vom 23. November 2005 - XII ZR 51/03 - FamRZ 2006, 387, 391 f.; Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 4 Rdn. 373).
- 49 4. Entgegen der Auffassung der Revision des Antragsgegners dürfte es jedoch nicht zu beanstanden sein, dass das Berufungsgericht eine zeitliche Begrenzung bzw. die Herabsetzung eines möglichen Unterhaltsanspruchs der Antragstellerin gemäß § 1578 b BGB abgelehnt hat.
- 50 a) Eine zeitliche Begrenzung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deshalb aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fort dauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 - Tz. 42 und vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Tz. 55).
- 51 b) Nicht zu beanstanden dürfte zudem sein, dass das Berufungsgericht auch wegen der von ihm festgestellten ehebedingten Nachteile auf Seiten der Antragstellerin von einer Anwendung des § 1578 b BGB abgesehen hat. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision des Antragsgegners unter Hinweis

darauf, dass für das Vorliegen eines ehebedingten Nachteils die Unterhaltsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast trage, geht fehl.

52 aa) Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die zu einer Befristung oder Beschränkung des nachehelichen Unterhalts führen können, trägt grundsätzlich der Unterhaltsverpflichtete, weil § 1578 b BGB als Ausnahmetatbestand konzipiert ist (Senatsurteile vom 24. März 2010 - XII ZR 175/08 - zur Veröffentlichung bestimmt und vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Tz. 18). In die Darlegungs- und Beweislast des Unterhaltspflichtigen fällt grundsätzlich auch der Umstand, dass der Klägerin keine ehebedingten Nachteile im Sinne von § 1578 b BGB entstanden sind (Senatsurteil vom 24. März 2010 - XII ZR 175/08 - zur Veröffentlichung bestimmt, Klarstellung zu den Senatsurteilen vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Tz. 18; vom 16. April 2008 - XII ZR 107/06 - FamRZ 2008, 1325; vom 14. November 2007 - XII ZR 16/07 - FamRZ 2008, 134 und vom 28. März 1990 - XII ZR 64/89 - FamRZ 1990, 857).

53 Die dem Unterhaltspflichtigen obliegende Darlegungs- und Beweislast erfährt jedoch Erleichterungen nach den von der Rechtsprechung zum Beweis negativer Tatsachen entwickelten Grundsätzen der sekundären Behauptungslast. Danach hat der Unterhaltsberechtigte die Behauptung, es seien keine ehebedingten Nachteile entstanden, substantiiert zu bestreiten und seinerseits darzulegen, welche konkreten ehebedingten Nachteile ihm entstanden sind. Erst wenn das Vorbringen des Unterhaltsberechtigten diesen Anforderungen genügt, müssen die vorgetragene ehebedingten Nachteile vom Unterhaltspflichtigen widerlegt werden (Senatsurteil vom 24. März 2010 - XII ZR 175/08 - zur Veröffentlichung bestimmt).

54

bb) Vor dem Hintergrund des substantiierten Vortrages der Antragstellerin zum Vorliegen ehebedingter Nachteile ist es unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den Vorhalt des Antragsgegners, das Karrieregefälle sei nicht familienbedingt, sondern beruhe auf der Bequemlichkeit und persönlichen Unstrukturiertheit der Antragstellerin, als nicht ausreichend substantiiert und damit die Darlegungen der Antragstellerin zum Bestehen eines ehebedingten Nachteils letztlich nicht als widerlegt erachtet hat.

Hahne

Weber-Monecke

Dose

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

AG Freiburg, Entscheidung vom 21.11.2007 - 44 F 8/06 -

OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 05.08.2008 - 18 UF 252/07 -